

La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale

di *Simone Rodolfo Masera*

ABSTRACT

This study, inspired by the 2012 reform on public pitches of hydroelectric concessions, examines the theme of the promotion of the hydric resource for the production of the energy in the interest of the final customer. In fact, if initially the only expected parameter revealed the necessity that the water derivation was compatible with the public interest, and if at a later stage some coherent criteria has been confirmed with a more careful usage of hydric resourced compatible with environmente safeguard, today we are attending another step, and the appreciation of this resource also regards its functional use to guarantee – immediatly – the reduction of the cost's production of the electric power and it's price.

SOMMARIO: 1. Il costo ed il prezzo dell'energia elettrica. – 2. L'evoluzione degli obiettivi perseguiti dalla regolamentazione del settore idrico, in generale. – 3. Il progressivo affinarsi dei criteri di assegnazione della concessione idroelettrica. – 4. L'interesse alla riduzione del costo dell'energia elettrica nella gara per l'attribuzione della concessione idroelettrica. – 5. La riduzione ed il contenimento del costo dell'energia elettrica nella disciplina del canone concessorio. – 6. L'appartenenza della risorsa idrica e la diversa articolazione dell'interesse del cittadino, nella veste di cliente finale dell'energia elettrica. – 7. Osservazioni finali, in particolare sull'auspicato ruolo proattivo del cliente finale.

1. Il costo ed il prezzo dell'energia elettrica

L'analisi della disciplina della gara pubblica per l'attribuzione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, così come modificata nel 2012¹, è di interesse per vari profili: in generale, perché il potere concessorio è sempre stato considerato paradigmatico per lo studio della funzione amministrativa²; in particolare, poi, perché la citata normativa, oltre ad avere

¹ Si tratta della disciplina prevista dall'art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, così come modificata ed integrata con le novità apportate dall'art. 17 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134. A riguardo cfr. M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, Introduzione al Convegno dal titolo "Novità legislative e questione aperte in tema di concessioni idroelettriche" (Università degli Studi 'Roma Tre', 9 maggio 2013).

² Ad esempio, è noto che lo studio della concessione di derivazione d'acqua pubblica ha contribuito alla elaborazione di un modello generale di concessione amministrativa (a riguardo cfr. M. D'ALBERTI, *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981).

un chiaro rilievo sul piano regolatorio³, costituisce un momento significativo di evoluzione delle peculiarità della concessione idroelettrica, confermando altresì che detto tipo di concessione continua ad essere un significativo strumento di politica economica⁴.

La concessione in parola e la gara per la sua attribuzione possono essere esaminate da diversi punti di vista; ad esempio sotto il profilo della tutela della concorrenza o sotto quello della protezione ambientale. Con le presenti note si propone invece un approfondimento nella peculiare prospettiva della tutela del cliente finale dell'energia elettrica, e ciò in ragione dell'esplicito riconoscimento da parte della legge del suo interesse alla riduzione del costo e di conseguenza del prezzo dell'energia nell'attuale contesto storico. Del resto, il bisogno di energia costituisce oggetto di un diritto sociale fondamentale⁵, sicché il tema del suo prezzo non è di poco conto; il che, per altro verso, spiega l'attenzione rivolta alla finalità sociale della regolazione dei prezzi dell'energia elettrica⁶.

La soluzione legislativa che si va a commentare è, peraltro, coerente con il quadro più generale: come è noto, la politica comunitaria persegue l'obiettivo di creare un sistema energetico sostenibile ed accessibile: sostenibile sotto il profilo ambientale, economico e finanziario; accessibile a tutti, in particolare a quella categoria di utenti finali considerati 'vulnerabili'⁷; questi infatti sono fortemente colpiti dall'attuale crisi economica, subiscono una progressiva riduzione delle disponibilità finanziarie e ciò nonostante – paradossalmente – è su di essi che va a gravare maggiormente l'aumento del 'costo' dell'energia elet-

3 La valenza regolatoria della normativa sulla gara per l'affidamento delle concessioni idroelettriche è sottolineata da E. BRUTI LIBERATI, per il quale "*appare evidente che la disciplina dettata dall'art. 12 intende promuovere il potenziamento della produzione idroelettrica*", e che dalla citata norma sui criteri di aggiudicazione della concessione emerge che: "*gli obiettivi prioritari da perseguire sono, al contempo, la massimizzazione del vantaggio economico per l'amministrazione e la selezione del concorrente più efficiente nello sfruttamento della risorsa idrica*". Secondo il medesimo Autore nel caso delle concessioni idroelettriche si ha la regolamentazione dell'uso per fini produttivi di un bene pubblico da parte di un'impresa (*La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, Volume I, Le concessioni idroelettriche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 65 ss.). Il che va considerato anche alla luce di quanto indicato da M. CLARICH in ordine alle fasi che avrebbero caratterizzato l'evoluzione della regolazione dei mercati: in particolare, la fase attuale, conseguente alla crisi finanziaria ed economica del 2008, avrebbe "*portato a un ripensamento dei modelli, delle categorie e degli strumenti della regolazione*" (*Editoriale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fasc. 2/2014, p. 1).

4 Si tratta di un profilo condiviso e variamente approfondito in dottrina; da ultimo cfr. D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 196 ss.; L. MOSCATI, *Un modello per l'Europa: le concessioni d'acqua tra settecento e ottocento*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, Volume I, Le concessioni idroelettriche*, cit., p. 11 ss.

5 L'energia elettrica è infatti essenziale per la vita degli individui e per il benessere sociale; a riguardo cfr. D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1010.

6 A riguardo cfr. A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principi di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 177 ss.

7 Sugli obblighi del 'servizio universale' cfr. di recente N. BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, Fasc. 2/2014; in ogni caso, la presente nota vuole svolgere osservazioni che si ritengono valide rispetto alla generalità dei clienti di energia elettrica.

trica (e di conseguenza del suo 'prezzo')⁸. In questo contesto, l'intervento del legislatore italiano non rimane isolato⁹.

Correlato è il tema del ruolo da attribuire ai suddetti clienti: è interessante notare come sia a livello comunitario la Commissione UE¹⁰, sia nel nostro or-

8 Infatti, – come emerso di recente – “*sebbene l'attenzione sia rivolta soprattutto ai livelli dei prezzi, i costi dell'energia sono in pratica più importanti per le famiglie e per l'industria, in quanto determinano le bollette effettivamente pagate*”; per di più “*i prezzi, ma soprattutto i costi dell'energia elettrica hanno continuato a crescere nel complesso per le utenze sia domestiche sia industriali, nonostante i livelli dei consumi siano diminuiti o siano rimasti stabili*” (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, in data 22 gennaio 2014, recante “Costi e prezzi dell'energia in Europa”). Tali aumenti sarebbero dovuti principalmente all'incremento dei costi di rete e di specifiche tasse, il che influirebbe negativamente sulla competitività complessiva dell'Europa. Sul punto, si vedano le recenti misure poste in Italia, al fine di contenere l'onere annuo sui prezzi e sulle tariffe elettriche degli incentivi alle energie rinnovabili (art. 1, comma 3, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, recante “Interventi urgenti di avvio del piano “Destinazione Italia”, per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per la riduzione dei premi RC-auto, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche EXPO 2015”).

Sulle spinte al rialzo del prezzo dell'energia elettrica per effetto della transizione verso un sistema elettrico sostenibile sotto un profilo ambientale cfr. la Memoria 23 ottobre 2012 (429/2012/I/COM) dell'Autorità italiana per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico, recante “*Indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale: ulteriore contributo dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*”. In ordine al progressivo incremento del costo dell'energia elettrica cfr. da ultimo Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico, Determina 28 settembre 2012, recante “*Aggiornamento, per il trimestre 1° ottobre-31 dicembre 2012, delle tabelle di comparazione relative ai prezzi di fornitura di energia elettrica e di gas naturale*”.

In Europa, per di più, le differenze di prezzo rispetto ai concorrenti esterni sarebbero in aumento; è ben noto che ridurre il costo dell'energia significa aumentare la competitività delle imprese utilizzatrici di energia e la sostenibilità economica della spesa energetica per le famiglie, nel rispetto degli obiettivi di carattere ambientale e sociale, così promuovendo lo sviluppo e la crescita del Paese (in questi termini cfr. la Memoria 23 ottobre 2012 429/2012/I/COM della Autorità italiana per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico, sopra citata).

9 Anche altri ordinamenti europei hanno riconosciuto un rilievo immediato, nella disciplina in materia di (produzione di) energia elettrica, all'interesse alla riduzione del costo e del prezzo dell'energia proprio del cliente finale: un risalto che nella normativa precedente non figurava. In Spagna, ad esempio, ne è prova la legge 26 dicembre 2013, n. 24, di riforma organica del settore: con la legge 27 novembre 1997, n. 54 (che ha recepito la direttiva n. 96/92/CE, recante “*Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*”) si è dato avvio al progressivo processo di liberalizzazione del mercato elettrico; successivamente il legislatore spagnolo è intervenuto spesso con disposizioni frammentarie, per lo più dettate da esigenze contingenti, specie dopo l'inizio della crisi finanziaria, fino alla citata legge n. 24/2013. Profilo di rilievo è dato dall'espressa considerazione, nell'art. 1 dell'ultima legge, dell'esigenza di garantire che l'erogazione di energia in favore dei ‘consumatori’ si realizzi al ‘minimo costo’; diversamente, la legge del 1997 non contemplava tale obiettivo, per lo meno in modo così esplicito. La recente riforma mira, tra l'altro, a contenere i costi del sistema elettrico, il cui deficit ha raggiunto livelli ragguardevoli dal 2009 ad oggi, e contestualmente ad evitare che gli sforzi a tal fine necessari debbano essere sostenuti dai consumatori finali. Tutto ciò senza trascurare l'esigenza di tutela dell'ambiente, che viene ribadita. In questa prospettiva viene sancita la regola della ‘sostenibilità’ economica e finanziaria del sistema elettrico, in base alla quale qualunque misura che imponga un incremento dei costi o una riduzione di entrate dovrà comportare un'equivalente riduzione di altre partite di costi o un equivalente incremento di altre entrate, onde giungere ad un equilibrio del sistema.

A partire dal 2009 il legislatore spagnolo è intervenuto con disposizioni dettate dall'urgenza di rimediare al deficit del sistema elettrico, con il *Real Decreto-ley* n. 6/2009, con il *Real Decreto-ley* n. 14/2010, con la legge n. 17/2012, con il *Real Decreto-ley* n. 2/2013 ed oggi con l'ultima citata legge del 2013.

10 Precisamente, nella già citata comunicazione, la Commissione ritiene che il cliente finale possa svolgere un ruolo attivo nella soluzione delle indicate criticità, concludendo che: “*L'Europa deve affrontare le sfide dei costi di trasformazione dell'energia attraverso gli sforzi tripartiti di Unione europea, Stati membri e consumatori domestici e industriali europei. Con sistemi*

dinamento l'Autorità di regolazione del settore, attribuiscono al cliente finale l'onere di divenire gradualmente un "consumatore reattivo", riconoscendogli così potenzialmente un ruolo attivo nella soluzione delle indicate criticità. In sintesi, si ritiene che il formarsi di clienti 'consapevoli'¹¹ costituisca fattore importante per lo sviluppo di un mercato realmente liberalizzato, grazie al quale incentivare l'offerta di energia elettrica e dunque assicurare una reale competizione sui prezzi¹². Tuttavia, per l'urgenza conseguente alle contingenze del momento, l'obiettivo della riduzione del peso gravante sui clienti finali sembra essere perseguito anche tramite altri, più diretti, strumenti; e ciò in un'ottica che appare parzialmente differente rispetto a quella più tradizionale. È noto, infatti, che i regimi di regolazione promuovono la concorrenza e contemporaneamente perseguono la soddisfazione di obiettivi sociali all'interno di mercati dinamici, e che però ciò richiede i tempi di un processo 'graduale' di liberalizzazione del mercato¹³.

In tal modo la disciplina in commento pare rivestire una peculiare valenza regolatoria, e ciò in una duplice prospettiva. Anzitutto, nella misura in cui essa persegue la soddisfazione non solo e non tanto di un (generico) interesse della collettività o di un interesse (finanziario) dell'amministrazione quale titolare di un bene demaniale, quanto piuttosto di un interesse qualificato dell'acquirente dell'energia elettrica prodotta grazie ad un particolare utilizzo della risorsa idrica; poi nella misura in cui pare valorizzare una fruizione collettiva di un bene pubblico (fondamentale) destinato ad uno scopo produttivo¹⁴. Vi è anche

energetici flessibili, consumatori reattivi, mercati competitivi e strumenti governativi efficaci sotto il profilo dei costi, l'Europa avrà maggiori possibilità di contenere gli aumenti dei prezzi, di finanziare gli investimenti e di ridurre al minimo gli incrementi dei costi, dando un esempio pratico del modo in cui si può creare un'economia competitiva sulla base di un sistema energetico sostenibile e accessibile". Coerentemente, nella 'Introduzione' della Comunicazione in commento si legge che: "Per garantire che l'Europa possa gestire tutti questi cambiamenti, continuando ad assicurare ai cittadini l'accesso a un'energia sostenibile ed economica e tutelando la competitività industriale, è necessario compiere ogni possibile sforzo a livello europeo e nazionale e, a tale scopo, devono attivarsi anche l'industria e i singoli consumatori".

11 In Italia, all'indomani della liberalizzazione del mercato energetico, l'Autorità di regolazione, preso atto della mancanza di "una diffusa consapevolezza" e di "un ruolo attivo da parte dei consumatori", è intervenuta in vario modo al fine di rendere "le scelte dei consumatori sempre più libere, informate, consapevoli e protette" (*Bilancio di un settennato (2004-2011)*). Intervista di Enzo Pontarollo ad Alessandro Ortis e Tullio Fanelli, in *Regolazione e concorrenza nei mercati energetici in Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. 3, in part. p. 13). In termini di "capacitazione del consumatore", nella prospettiva di rendere il consumatore sempre più consapevole ed attivo, si esprime ad esempio la Memoria 23 ottobre 2012 n. 429/2012/COM della Autorità italiana per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico, recante "Indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale: ulteriore contributo dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas".

12 Sul tema cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 27, il quale ricorda che: "degne di menzione, tra le misure pro-concorrenziali previste per il settore elettrico, sono poi anche quelle dirette ad attivare una concorrenza per il mercato negli ambiti in cui una concorrenza effettiva, nel mercato, non è possibile: tali sono evidentemente le prescrizioni che impongono una procedura di gara per la scelta dei concessionari (...) di grande derivazione idroelettrica". In argomento cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore, Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, nonché E. BOSCOLO-M. CAFAGNO, *Lo Stato 'dispensatore': le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Jovene, Napoli 2006, p. 85 ss., in part., p. 129 ss.; D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, cit., p. 1011 ss.

13 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 100 ss.; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia, Diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 165 ss. e 202 ss.

14 Secondo la prospettiva indicata da V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione*

da chiedersi se le regole del 2012 che si vanno a commentare – riconoscendo un siffatto specifico interesse – siano in grado di incidere sulla peculiare ‘appartenenza’ della risorsa idrica: con ciò forse evocando la controversa categoria dei ‘beni comuni’¹⁵.

Un valido ausilio nel cogliere il significato della recente legislazione è dato dal suo confronto con la normativa più generale in tema di concessione a derivare acqua pubblica.

2. L'evoluzione degli obiettivi perseguiti dalla regolamentazione del settore idrico, in generale

Vi sono alcuni dati oramai acquisiti in dottrina¹⁶ che vengono utilizzati per illustrare l'evoluzione del diritto delle acque, focalizzando in particolare l'attenzione sulla natura della risorsa idrica, sui criteri di assegnazione della concessione per il suo uso nonché sulla durata di quest'ultima.

Si possono in tal modo distinguere alcune fasi identificate in relazione al modo di concepire l'acqua, prima come ‘bene’ e poi progressivamente come ‘risorsa limitata’, nonché in relazione agli interessi ritenuti prevalenti in peculiari momenti storici e quindi perseguiti tramite la gestione della risorsa idrica; è così unanime l'idea che il progredire delle regole della relativa concessione di derivazione, specie rispetto ai criteri di scelta del concessionario, rifletta i valori e gli interessi sottesi alla regolamentazione del settore idrico.

Più precisamente, se inizialmente le acque sono state considerate quali forze ostili della natura o quali sedi di trasporto (in particolare dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), un primo significativo momento di trasformazione si realizza con la normativa posta dalla legge 10 agosto 1884, n. 2644, dalle riforme degli anni 1916-1919 e soprattutto dal r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775¹⁷; in questa seconda fase radicalmente differente è la concessione dell'acqua, venendo accentuata e valorizzata la sua valenza di mezzo di produzione per lo sviluppo industriale del Paese e dunque in vista di un generale benessere sociale.

Un terzo momento è caratterizzato dall'attenzione rivolta alle esigenze am-

collettiva dei beni pubblici, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2003, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 2004.

15 U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007; U. MATTEI, *Beni pubblici. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Bari, 2013; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013; N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle “appartenenze”)*, in M. DE FOCA-TIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, Volume I, Le concessioni idroelettriche*, cit., p. 1 ss.

16 La bibliografia in tema è ampia sicché in questo contributo i rinvii sono limitati alle opere che si ritengono più rilevanti per il percorso espositivo qui seguito. Oltre agli studi citati, cfr. N. LUGARESÌ, *Le acque pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 8 ss., 22 ss. e 407; e più di recente cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e demanio*, Cedam, Padova, 2008, pp. 27 ss., 220 ss. e 338 ss.; A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 232 ss.; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 4 ss.; D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Giappichelli, Torino, 2014.

17 R.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, recante il “Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici”.

bientali, però in una prospettiva 'statica', di conservazione (legge 10 maggio 1976, n. 319), e ciò specie per effetto della normativa ambientale di derivazione comunitaria.

Una svolta importante si realizza a cavallo degli anni novanta, con il tentativo di una sistemazione più organica del settore (legge 18 maggio 1989, n. 183; legge 5 gennaio 1994, n. 36). In particolare, con la legge n. 36/1994 si realizza "il salto che permette oggi di considerare le acque non più soltanto come «beni» (beni funzionali in rapporto a singole e specifiche utilizzazioni) ma come «risorse», potenzialmente in grado di produrre utilità diverse e di graduarle tra loro secondo consapevoli e precise priorità"¹⁸.

È dunque opinione comune che l'evoluzione legislativa in materia sia stata fortemente influenzata da una progressiva ri-considerazione sul piano valoriale delle acque; queste sono state, in un preciso momento storico, assunte come bene da sfruttare con la massima efficienza economico-produttiva, e ciò fino al momento in cui è emersa la loro rilevanza come risorsa naturale essenziale e scarsa¹⁹.

Oggi è oramai unanime il riconoscimento che l'acqua rappresenta un bene collettivo di utilità sociale²⁰, tant'è che la tendenza più recente, influenzata dalle dottrine socio-economiche, si indirizza nel senso di considerare la risorsa idrica come un bene 'comune'²¹; il che si rifletterebbe sulla responsabilità della comunità e delle diverse categorie di utilizzatori, in quanto andrebbero favorite soluzioni di governo della risorsa tali da coinvolgere attivamente tutti i soggetti in grado di ritrarre dal bene delle utilità²².

Da una diversa angolatura, la descritta evoluzione, nello stratificarsi della legislazione in materia, si è riflessa – ovviamente – sui parametri a disposizione dell'amministrazione concedente per valutare il tipo di utilizzo da assentire (ad es. uso industriale), preferendolo ad altri usi invocati dai soggetti aspiranti concessionari (ad es. uso irriguo), ed anche – in un momento logicamente successivo – per scegliere il concessionario tra gli aspiranti che proponevano il medesimo utilizzo dell'acqua.

Dunque, mentre in un primo tempo la preferenza veniva accordata sulla base dell'ordine temporale di ricezione delle domande²³, successivamente il criterio di assegnazione della concessione ha valorizzato lo sfruttamento in

18 U. POTOTSCHNIG, in U. POTOTSCHNIG-E. FERRARI (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Cedam, Padova, 2000, p. 4.

19 Sul punto diffusamente cfr. E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 488.

20 Per tutti cfr. S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: una introduzione*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4.

21 In particolare "un bene del quale occorre dunque assicurare la preservazione e la distribuzione universale e solidale, secondo un binomio sul quale ha ripetutamente posto l'accento anche la Corte costituzionale" (E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., p. 489).

22 In particolare, "al riconoscimento della natura comune del bene ed alla tensione verso la sostenibilità dei prelievi è considerata coessenziale l'identificazione di soluzioni di governo aperte al coinvolgimento attivo di tutti i soggetti che ritraggono utilità dal bene stesso e che sono dunque interessati alla preservazione dello stesso" (E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., p. 491, il quale osserva: "Su questo piano l'osservazione del panorama internazionale ha consentito di prospettare gli assetti più disparati, con una preferenza per forme di autogoverno comunitario").

23 In particolare cfr. la legge 10 agosto 1884, n. 2644.

senso economico della risorsa. All'amministrazione concedente veniva così attribuito il compito di stabilire quale istanza presentasse la migliore e più vasta utilizzazione o soddisfacesse altri prevalenti interessi pubblici, o comunque offrisse maggiori garanzie tecnico-finanziarie e industriali; veniva pertanto superata la concezione posta ai primordi della legislazione, per cui la concessione era rilasciata in quanto non incompatibile con l'interesse pubblico²⁴. Con il r.d. n. 1775/1933 è stato definitivamente affermato il primato dell'uso eccezionale sugli usi comunitari onde favorire lo sfruttamento intensivo delle acque²⁵.

In sintesi, la produzione normativa, fortemente condizionata dal progresso tecnico, ha perseguito l'utilizzo ottimale della risorsa idrica quale fonte produttiva, e favorito la realizzazione delle necessarie opere idrauliche²⁶: la concessione si è tradotta così da atto per la verifica della mera compatibilità con l'interesse pubblico della derivazione assentita a strumento di scelta allocativa per l'uso più proficuo (in senso prettamente economico) del corpo idrico²⁷.

Anche il profilo della durata delle concessioni è sintomatico del 'valore' attribuito alla risorsa idrica: l'assegnazione delle concessioni per periodi di tempo estremamente lunghi, se non di fatto perpetuamente in forza di semplici meccanismi di rinnovo, manifestava chiaramente la preponderanza della destinazione produttiva attribuita alle acque.

L'evoluzione della legislazione in materia ha – ad un certo momento – riflesso anche la consapevolezza che fosse necessario transitare da un regime di 'mera amministrazione' della risorsa idrica a quello, più complesso, di un suo 'governo'²⁸; il che ha inciso sul modo di concepire la concessione idrica, anzitutto circa la sua struttura e funzione, ma anche – e di riflesso – in ordine alla sua durata.

Circa la struttura del procedimento concessorio, un punto di svolta si è realizzata con il d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, che ha inciso radicalmente sul r.d. n. 1775/1933, in particolare prevedendo criteri di attribuzione delle concessioni che valorizzassero esigenze di protezione ambientale.

È in questa fase che si registra una oscillazione negli obiettivi perseguiti

24 Un significativo momento di passaggio si è realizzato con il r.d. n. 1664/1916 (art. 8) e con il r.d.l. 9 ottobre 1919, n. 2161, che hanno reso residuale il criterio della priorità temporale della presentazione della domanda. Sul punto cfr. U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 1009 ss. (ora in U. POTOTSCHNIG, *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, p. 217 ss.).

25 In coerenza con l'impostazione che concepiva la risorsa come strumento necessario a soddisfare le esigenze economico-produttive di una precisa epoca: tale tendenza incideva sulla struttura del procedimento concessorio, che era finalizzato alla verifica, da un lato, della mera disponibilità della risorsa e, dall'altro, della 'economicità' del suo utilizzo, tant'è che sul descritto sistema "si è costruita una porzione significativa dell'intero comparto produttivo nazionale, sino a dare corpo ad una economia che oggi si può pregnantemente definire 'idrodipendente'" (E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., p. 493).

26 Per quanto riguarda le finalità perseguite con la costituzione di un demanio idrico cfr. F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Cedam, Padova, 1934, p. 59 ss.; G. CASTELLI-AVOLIO, *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Jovene, Napoli, 1936, p. 350 ss.; E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 37 ss.

27 Ciò è chiaro da tempo alla dottrina: nell'evoluzione della normativa di settore un ruolo importante è riconosciuto altresì al progresso tecnico delle utilizzazioni che ha comportato "un perfezionamento nella disciplina giuridica delle utenze [...] nel risultato sociale, del miglior godimento del bene pubblico" (F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2005 ss.); da ultimo cfr. D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., 55.

28 U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, cit., p. 1009 ss.

con l'assegnazione delle concessioni idriche, che si realizzerà poi in modo decisivo con la legge n. 36/1994 e con il successivo d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152: in forza di tali interventi legislativi il procedimento concessorio verrà informato ancor più chiaramente a principi di protezione ambientale, con un ridimensionamento della 'logica del fabbisogno' propria del r.d. n. 1775/1933²⁹. Veniva poi definitivamente sancita la regola per cui le concessioni hanno sempre ed in ogni caso carattere temporaneo.

3. Il progressivo affinarsi dei criteri di assegnazione della concessione idroelettrica

Le linee di fondo sopra ricordate si riscontrano anche nelle regole per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico. Negli ultimi anni l'influenza del diritto comunitario è stata decisiva; in particolare, con lo scopo di liberalizzare il mercato dell'energia elettrica, con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (art. 12)³⁰ si è introdotto un meccanismo concorrenziale – evolutosi nel tempo e culminato con la previsione della gara – per l'attribuzione delle suindicate concessioni.

La formulazione originaria del citato art. 12 prevedeva che i soggetti in possesso di adeguati requisiti organizzativi e finanziari potessero chiedere il rilascio della concessione, a condizione che presentassero un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata, nonché un programma di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza (comma 1).

La normativa era comunque intesa a favorire il concessionario uscente (*incumbents*), garantendogli una posizione di privilegio (se non di 'prelazione')³¹. Le ragioni ambientali trovavano espressa considerazione³². Significativo è che solo in via residuale l'amministrazione competente avrebbe do-

29 E. BOSCOLO, La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza, cit., p. 495.

30 Sulla liberalizzazione del mercato elettrico e sul significato delle relative gare cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, "Concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico (AS233)", in *Bollettino settimanale*, anno XII, n. 11, 2 aprile 2002; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 2001, p. 325 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo Speciale*, Tomo Terzo, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2189 ss.; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 213 ss.; D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, cit., p. 1018 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit.; A. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008.

31 Era infatti previsto che in presenza di una o più richieste, il concessionario uscente avrebbe potuto comunicare all'amministrazione il proprio impegno alla realizzazione di un programma avente contenuto identico o migliorativo rispetto a quelli giudicati idonei (comma 2), e l'amministrazione – ove non avesse ritenuto sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, in tutto o in parte incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico – avrebbe potuto rilasciare la concessione, per un periodo trentennale, preferendo, a parità di condizioni, il precedente concessionario (comma 3).

32 In particolare nella regola per cui in ogni caso la nuova concessione avrebbe dovuto essere compatibile con la presenza negli alvei sottesi del minimo deflusso costante vitale e con le priorità di messa in sicurezza idraulica del bacino nonché con i deflussi ad uso idropotabile relativi alle concessioni che dovessero essere assentite sul medesimo corpo idrico (comma 4).

vuto indire una gara pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione (comma 5)³³.

Una prima modifica è intervenuta nel 2005, con la legge n. 266³⁴, in forza della quale l'assegnazione della concessione in parola avrebbe potuto conseguire esclusivamente allo svolgimento di una gara pubblica; in particolare, veniva disposto che l'amministrazione³⁵, ove non ritenesse sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, in tutto o in parte incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico, avrebbe potuto indire una gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione, per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale; in tale procedura l'amministrazione avrebbe dovuto avere particolare riguardo ad un'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata (comma 1).

Nel 2010 il legislatore è intervenuto nuovamente, per affinare i criteri di assegnazione della concessione³⁶; più precisamente veniva stabilito che per l'attribuzione della concessione (per un periodo di durata trentennale) l'amministrazione avrebbe dovuto avere particolare riguardo ad un'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata nonché di idonee misure di compensazione territoriale (comma 1)³⁷.

Significativamente veniva innovato il comma 2 sui parametri di svolgimento della gara, dato che il provvedimento ministeriale da adottare avrebbe dovuto tenere conto *“dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo”*.

Altre modifiche sono intervenute nel 2012, la più importante delle quali verrà esaminata in dettaglio nel prossimo paragrafo³⁸; prima però, mi pare

33 La gara era prevista nei casi diversi dal citato comma 1, ed in caso di decadenza, rinuncia e revoca della concessione.

In ogni caso, comunque, era previsto l'intervento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per la determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari, nonché dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti la procedura di rilascio di cui al comma 1 e della gara pubblica prevista dal comma 5.

Veniva, poi, innovativamente previsto che fosse il Ministero delle attività produttive, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, a dover determinare i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti la procedura di gara. Veniva, invece, mantenuta ferma la già richiamata regola di cui al comma 4 sulla compatibilità della nuova concessione con specifiche esigenze ambientali.

34 Art. 1, comma 483, legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante: *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”*.

35 Sempre cinque anni prima dello scadere della concessione e nei casi di sua decadenza, rinuncia e revoca.

36 Art. 15, comma 6-bis, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante: *“Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”*.

37 Veniva poi introdotto un comma 1-bis, in forza del quale al fine di consentire il rispetto del termine per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo agli operatori economici per gli investimenti effettuati a particolari condizioni, le concessioni venivano prorogate di cinque anni; tale disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza 13 luglio 2011, n. 205.

38 Art. 24-ter, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (recante: *“Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”*), convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27.

utile focalizzare un profilo: la portata della suindicata disciplina si comprende pienamente ponendo attenzione a ciò, che –in termini generali– i parametri di attribuzione delle concessioni a derivare hanno costantemente rappresentato un profilo critico, rispetto al quale si è in vario modo evidenziata la carenza del dato normativo. La percezione di siffatta lacuna è rimasta anche nelle fasi più recenti, nonostante l’obiettivo progredire dei criteri di scelta del concessionario³⁹, e ancorché il procedimento di rilascio della concessione si sia gradualmente trasformato da “*procedimento fondato sul solo contraddittorio tra i richiedenti e gli interessati, in una vera e propria gara tra tutti i possibili aspiranti*”⁴⁰.

Tutto ciò è stato per lo più ricondotto alla mancanza di un disegno davvero organico nella legislazione in materia, il che ha fatto altresì emergere l’inadeguatezza per alcuni versi dello strumento concessorio: questo, infatti, era provvedimento puntuale emesso caso per caso, spesso al di fuori di un programma più ampio, che presentava evidenti limiti per una gestione globale delle acque⁴¹. Sicché la manchevolezza maggiore del descritto sistema si è mostrata con il fatto che esso consentiva di destinare le acque “*solo nell’ambito ed entro i limiti di convenienza indicati dagli aspiranti nelle rispettive domande di concessione*”: con la conseguenza che il governo delle acque era largamente condizionato “*se non addirittura stabilito, dagli interessi dei concessionari*”⁴².

Tali considerazioni erano all’epoca formulate – in generale – per la scelta del tipo di utilizzo del corpo idrico da preferire rispetto agli altri usi proposti dagli aspiranti concessionari, e se riferite alla gara per l’attribuzione della concessione idroelettrica – mi pare – rivelano significato e portata della recente riforma. La procedura di gara oggi prevista, difatti, risponde ad una esigenza già ritenuta importante – in termini generali – per la migliore utilizzazione della risorsa idrica al momento di scegliere l’uso da assentire tra quelli possibili⁴³.

Peraltro, data la convenienza di inserire in un quadro strategico più ampio le singole derivazioni d’acqua⁴⁴, è coerente che l’attenzione converga ora sulla gara e sui criteri per il suo svolgimento, più che sul singolo provvedimento concessorio.

39 Specie nel passaggio dalla normativa della legge 10 agosto 1884, n. 2644 ai criteri posti dal r.d. 26 novembre 1916, n. 1664 (art. 8), sostanzialmente recepiti dal r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 (art. 9). Sul punto da ultimo cfr. D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 178 ss.

40 Così U. POTOTSCHNIG, il quale rileva che in origine, infatti, “*per la scelta tra le varie domande la legge non suggerisce affatto criteri sulla cui base l’autorità amministrativa, valutati di volta in volta i bisogni esistenti, possa decidere circa il tipo di utilizzazione da preferire: si dice soltanto che è preferita la domanda che da sola, o in connessione con le altre utenze connesse o richieste, presenti la migliore utilizzazione dal punto di vista idraulico ed economico o soddisfi ad altri prevalenti interessi pubblici (art. 9 t.u. del 1933)*” (Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque, cit., p. 227).

41 U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, cit., p. 227; più di recente cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e demanio*, cit., p. 455 ss.; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit., p. 89 ss.

42 Vedi lo studio di U. POTOTSCHNIG citato nella nota precedente.

43 U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, cit., p. 227, in part. v. la nota n. 22, ove si sottolinea l’importanza della concorrenza per la migliore utilizzazione della risorsa idrica.

44 Nel contesto di un graduale ridimensionamento della concessione di derivazione come atto puntuale; sul punto, cfr. U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, cit., p. 227; più di recente cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e demanio*, cit., p. 455 ss.; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit., p. 89 ss.; F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 263.

In forza delle modifiche intervenute nel 2012 qui in commento sembra possibile segnalare una ulteriore oscillazione negli obiettivi perseguiti dal legislatore, oscillazione che esprime la tendenza a valorizzare gli interessi economici puntuali del cliente finale dell'utilità (l'energia elettrica) prodotta tramite un peculiare utilizzo della risorsa idrica.

Oggi infatti il legislatore focalizza la propria attenzione, più che sui generali benefici per la collettività realizzati grazie ai concessionari (benefici conseguenti – come si è detto – allo sviluppo industriale garantito da questi), sui più particolari benefici conseguibili con la produzione idroelettrica: in altri termini, come in passato, gli obiettivi perseguiti – e non potrebbe essere diversamente – sono di interesse per la collettività, ma questi interessi vengono maggiormente qualificati, perché non più riassumibili in un generico benessere sociale legato allo sviluppo industriale (e tecnologico degli impianti idroelettrici); né paiono riconducibili ad un mero interesse finanziario dell'amministrazione concedente, nella sua veste di titolare del bene demaniale.

In sintesi, il legislatore pare voler indirizzare tale oscillazione in ragione della progressiva consapevolezza circa la peculiare utilità sociale conseguibile con l'uso idroelettrico della risorsa idrica.

L'evoluzione dei criteri per l'assegnazione della concessione idroelettrica pare dunque, come per gli altri settori, il riflesso della progressiva consapevolezza circa i diversificati interessi coinvolti dalla produzione di energia. Il che introduce quanto qui si vuole più mettere in luce: l'intervento legislativo del 2012 accentua significativamente la natura 'polifunzionale' della procedura per la scelta del concessionario idroelettrico.

È già stata riconosciuta una natura "multidimensionale" alle gare idroelettriche, le quali perseguono contemporaneamente una pluralità di obiettivi: infatti *"vogliono in linea generale, e ovviamente, garantire la convenienza del contratto per le amministrazioni concedenti nonché l'imparzialità delle relative valutazioni, ma mirano anche a selezionare il concorrente più efficiente e più affidabile nell'uso del bene e così pure a regolare sotto certi profili il suddetto uso"*⁴⁵.

La natura polifunzionale delle gara risulta tanto più utile quanto più diversificate sono le utilità e gli interessi coinvolti dalla gestione del bene: è compito del legislatore selezionare gli interessi da preferire, eventualmente tramite un loro coordinamento⁴⁶. Il carattere 'polivalente' della gara in questione troverebbe una particolare giustificazione nella peculiarità del bene da assegnare: si tratta, infatti, di una risorsa 'scarsa'.

Per riassumere, è indubbio che fin dall'origine i generali criteri per l'attribuzione della concessione a derivare abbiano giocato un ruolo decisivo nella ge-

45 Peraltro si ritiene che: *"il citato art. 12 assolve a tale compito solo indirettamente, senza enunciare in termini espliciti quali siano le finalità da perseguire con la gara e la gerarchia tra le stesse. Tuttavia ... tale gerarchia emerge comunque in modo sufficientemente chiaro dalle norme che individuano i criteri di aggiudicazione a cui le stazioni appaltanti devono attenersi"* (E. BRUTI LIBERATI, *La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, cit., p. 66).

46 Con il che emerge la valenza regolatoria della procedura in commento. Infatti, è stato di recente osservato che nel caso della risorsa idrica *"il tema non è l'attribuzione di una titolarità al fine di legittimare una appropriazione, ma l'attribuzione di una potestà regolativa al fine di procedere all'allocazione delle diverse utilità generate dal corso d'acqua tra i diversi soggetti interessati e poiché tali utilità quando divengono concreta utilizzazione, possono essere in conflitto tra loro, l'attività di regolazione diviene necessariamente un'attività di allocazione delle risorse naturali"* (A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU-F. MESSINEO-P. SCHLESINGER (a cura di), *Trattato dir. civ. comm.*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 342 ss.).

stione del demanio idrico, per indirizzarne l'uso a scopi di interesse collettivo. Si tratta ora di verificare se con le novità introdotte da ultimo per le concessioni idroelettriche si realizzi una nuova tappa di questo percorso, in vista del soddisfacimento di interessi ritenuti importanti nell'attuale momento storico.

4. L'interesse alla riduzione del costo dell'energia elettrica nella gara per l'attribuzione della concessione idroelettrica

I tratti salienti della procedura in esame, dopo le modifiche del 2012, possono essere così sintetizzati: l'amministrazione competente, ove non ritenga sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, indice una procedura ad evidenza pubblica per l'attribuzione della concessione, per un periodo di durata da venti anni fino ad un massimo di trenta anni, rapportato all'entità degli investimenti ritenuti necessari.

Una prima novità è, dunque, rappresentata dalla previsione di una durata della concessione variabile in funzione della necessità per il concessionario uscente di recuperare gli investimenti effettuati⁴⁷; la 'precarietà' della concessione qui rileva in quanto strumentale alla programmazione dell'uso della risorsa idrica, e dunque in vista di una sua successiva e più efficiente riallocazione⁴⁸.

La procedura si svolge avendo riguardo "*all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza, alle misure di compensazione territoriale, alla consistenza e qualità del piano di interventi programmati per assicurare la conservazione della capacità utile di invaso*", con la precisazione importante secondo cui l'amministrazione deve avere riguardo "*prevalentemente, all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata*". Questi ultimi in particolare sono "*criteri oggettivi, di immediata valutazione*" ai quali, per questo, è stato attribuito "*valore predominante*", come si legge nella Relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione del d.l. n. 83/2012.

Circa i criteri di assegnazione della concessione le novità riguardano, dunque, due profili, in quanto si introduce un parametro nuovo, quello relativo all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa⁴⁹, da un lato, e, dall'altro, si puntualizza l'ordine gerarchico dei criteri previsti.

Rispetto al passato, il legislatore ha 'aggiornato' i criteri di scelta del con-

47 Con ciò il legislatore ha voluto prendere espressamente in considerazione il problema sorto in relazione alla legittimità delle proroghe della durata delle concessioni; sul punto cfr. A. TRAVI, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, Volume I, Le concessioni idroelettriche*, cit., p. 56 ss. Sulla durata delle concessioni e sulla legittimità delle relative proroghe variamente disposte dal legislatore (sia nazionale che regionale) cfr. Corte cost., 18 gennaio 2008, n. 1, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1; Corte cost., 13 luglio 2011, n. 305, in *Foro it.*, 2012, I, c. 19; Corte cost., 12 dicembre 2011, n. 339, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1351.

48 Infatti "*solo un sistema di gare ripetute nel tempo, con intervalli non dilatati, secondo il dettato comunitario, è infatti in grado di rivelare il valore effettivo del bene pubblico in relazione alla differente efficienza degli scenari di sfruttamento posti a confronto*" (E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., p. 504).

49 Va, poi, segnalato che, in sede di conversione, è stato escluso che l'offerta fosse finalizzata all'acquisizione dell'uso (oltre che della risorsa idrica, altresì) "*degli altri beni oggetto di concessione*".

cessionario, e, pur confermando l'attenzione per l'ambiente, li ha arricchiti con altri, funzionali a differenti interessi, oltre tutto stabilendone la 'prevalenza'; la precisazione è importante in quanto l'iniziale testo dell'art. 37 del d.l. cit., prima della conversione in legge, disponeva che solo "prioritariamente" si avesse riguardo alla suindicata offerta economica ed all'aumento dell'offerta di energia: 'priorità' che da sola, evidentemente, secondo il legislatore, non avrebbe garantito la soddisfazione degli interessi sottesi a detti criteri. In altri termini, con l'inciso in parola il legislatore precisa l'ordine di importanza (il "valore predominante") dei parametri per la selezione del concessionario, puntualizzando al contempo la gerarchia delle finalità perseguite dalla gara in questione.

La 'prevalenza' dei suindicati parametri si riverbera immediatamente sull'interesse del cliente finale almeno sotto due profili.

Il primo riguarda ciò, che il parametro riferito all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata favorisce l'incremento dell'offerta di energia elettrica disponibile sul mercato liberalizzato, con conseguente competizione sui relativi prezzi, il che rappresenta condizione per un concreto beneficio dei consumatori; infatti, "solo se e quando la capacità di produzione e di importazione del sistema eccederà in misura apprezzabile la domanda di elettricità diverrà realmente possibile una competizione sui prezzi a vantaggio dei consumatori"⁵⁰. In questo senso il decreto da adottare per determinare i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara dovrà tenere conto "del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo" (oltre che "dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili").

L'illustrazione del secondo parametro ("offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica") richiede un preliminare chiarimento.

L'attribuzione di un valore predominante – così si esprime la Relazione citata – ad un parametro prettamente economico-finanziario per la scelta del concessionario potrebbe destare qualche perplessità nella misura in cui ci si focalizzasse sul fatto che la procedura in commento è finalizzata all'attribuzione dell'uso di un bene pubblico; e nella misura in cui, dunque, si condividesse l'opinione secondo cui quando la gara è condotta da un'amministrazione pubblica i parametri di selezione (nel nostro caso, del concessionario) non possono riflettere unicamente esigenze di minimizzazione dei costi o di massimizzazione dei guadagni, in quanto sottendono istanze di promozione del benessere collettivo e sociale⁵¹.

In questa prospettiva, insomma, non è un caso che – almeno fino al 2012 – i criteri per l'attribuzione della concessione in commento fossero stati progressivamente perfezionati ispirandosi comunque ad esigenze di protezione dell'ambiente, nelle sue molteplici declinazioni⁵².

Né sarebbe soddisfacente ritenere che con l'attribuzione di un carattere predominante al richiamato parametro economico-finanziario il legislatore abbia voluto fare riferimento alla convenienza meramente economica dell'offerta

50 E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 2.

51 M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., pp. 270 e 274, in part. nota 36.

52 Anche se è stato di recente osservato che: "la tendenza a rileggere la disciplina concorsoria in chiave protettiva dell'interesse dei concessionari o, comunque, secondo categoria di matrice economica resta dunque ancora forte e, di riflesso, faticano ad emergere pienamente le implicazioni conseguenti alla penetrazione nel diritto delle acque dei principi propri del diritto dell'ambiente" (E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., p. 501).

per l'amministrazione concedente (sostanzialmente a garanzia dei suoi introiti), poiché ciò sarebbe incoerente con la natura della risorsa (scarsa) oltre tutto destinata ad uno scopo produttivo di utilità sociale, da un lato; e, dall'altro, escluderebbe la considerazione di interessi estranei al rapporto bilaterale tra concedente e concessionario (ad es. in controtendenza rispetto al rilievo riconosciuto alle istanze ambientali in materia, specie negli ultimi anni)⁵³. Per altro verso, l'offerta economica "per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica" non potrebbe risolversi in un beneficio economico che sostanzialmente duplicasse il canone concessorio, il quale già si configura come corrispettivo dovuto per l'utilizzo del bene demaniale.

Eventuali perplessità, però, sono ridimensionate, considerando la volontà espressa dal legislatore secondo cui una percentuale dell'offerta economica risultata aggiudicataria sarà immediatamente destinata alla riduzione del costo dell'energia elettrica a beneficio della generalità dei clienti finali: in tal modo, mi pare che un parametro di carattere economico-finanziario acquisisca una valenza più complessa, rivolta a considerare (e soddisfare) esigenze di rilievo sociale, nei termini che si cercherà di chiarire. L'intenzione del legislatore pare essere quella di attribuire prevalenza nella scelta del concessionario ad un parametro (economico) che dovrebbe, poi, provocare un immediato vantaggio economico ai clienti finali.

Più precisamente, con il decreto da adottare per lo svolgimento in concreto delle gare "sono stabiliti i criteri e i parametri per definire la durata della concessione in rapporto all'entità degli investimenti, nonché (...) i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo e dell'importo spettanti al concessionario uscente, ed è determinata la percentuale dell'offerta economica (...) presentata dal soggetto risultato aggiudicatario, da destinare alla riduzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio della generalità dei clienti finali, secondo le modalità definite nel medesimo decreto"⁵⁴. Come si legge nella citata Relazione illustrativa, "ciò non presuppone l'uso o la riduzione di risorse economiche pubbliche – configura, anzi, effetti positivi sotto il profilo economico".

Potrebbe sorgere a questo punto un dubbio e cioè che sia inconciliabile l'esigenza di evitare la riduzione di risorse economiche pubbliche con la regola che impone di destinare una quota dell'offerta aggiudicataria a soggetti diversi dall'amministrazione concedente (appunto, tutti i clienti finali dell'energia).

A ben vedere, però la riduzione di risorse economiche pubbliche non si verifica, nella misura in cui si valorizzi un dato: e cioè che la gara in questione ha ad oggetto un bene produttivo (la risorsa idrica destinata alla produzione idroelettrica), sicché l'offerta economica avanzata non rispecchia semplicemente il valore del bene in sé, ma incorpora una componente aggiuntiva legata alle previsioni di produttività e redditività della risorsa idrica. La quota dell'offerta aggiudicataria destinata ai clienti finali attinge al valore della risorsa in quanto dinamicamente destinata alla produzione di energia idroelettrica.

⁵³ Già prima delle modifiche introdotte nel 2012 la dottrina aveva rilevato che la gara in commento costituisce un sistema in cui "si frammischiano continuamente considerazioni di carattere naturalistico, di carattere economico sociale e considerazioni esegetiche riferite a testi normativi mano a mano in vigore" (A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 353, il quale poi sottolinea che "un modello completamente diverso che assegnasse le concessioni sulla base della disponibilità a pagare il prezzo più elevato sarebbe più semplice da amministrare e, prevedibilmente più certo nei suoi esiti operativi, ma presupporrebbe che il soggetto concedente sia unico e solitario, ovvero richiederebbe di non prendere in considerazione alcun interesse estraneo al rapporto bilaterale tra concedente e concessionario").

⁵⁴ Così prevede l'art. 37, comma 4, d.l. n. 83/2012.

In questo senso depone la citata Relazione illustrativa secondo cui l'offerta economica è da riferire (più che alla risorsa idrica) al "valore economico della concessione" a scopo idroelettrico; tant'è che – come si legge ancora nella Relazione – la norma in commento ha voluto evitare il rischio che una durata troppo breve della concessione portasse gli offerenti a sottostimare il valore della concessione al momento della formazione dell'offerta economica per la sua attribuzione.

L'offerta si riferisce non al valore del bene concesso in sé considerato (ed al correlato interesse economico dell'amministrazione concedente) ma al valore della risorsa in quanto destinata alla produzione idroelettrica: si tratterebbe di una regola riferita sì all'assegnazione della risorsa, ma che attiene nella sostanza all'attività produttiva cui il bene è strumentalmente rivolta⁵⁵.

La norma⁵⁶, dunque, sottolinea la valenza produttiva della risorsa concessa e, di riflesso, la sua funzionalità rispetto al soddisfacimento di interessi (normativamente) qualificati di soggetti differenti dall'amministrazione concedente; e, in ultima analisi, valorizza lo stretto legame intercorrente tra la risorsa considerata quale strumento di produzione di energia elettrica ed il cliente finale di questa.

Questo legame è poi accentuato dal fatto che quanto maggiore sarà la valorizzazione in chiave produttiva della risorsa idrica tanto maggiore sarà la quota dell'offerta economica destinata a beneficio dei clienti finali, risultando (giuridicamente) rafforzato l'interesse di questi ultimi ad una ottimale gestione della risorsa medesima; per converso ne esce, in qualche modo, ridimensionato l'interesse dell'amministrazione a trarre un beneficio prettamente finanziario dal bene concesso (in quanto suo titolare).

Ciò non potrebbe essere inteso come uno sviamento dagli interessi della collettività, dato invero che la norma del 2012 rimarca piuttosto la rilevanza di un interesse qualificato e di rilievo pubblicistico dei cittadini, nella veste di clienti finali, di poter beneficiare di un bene vitale (l'energia elettrica) ad un prezzo quanto più accessibile, anche in ragione del rilievo che a tale esigenza della collettività è stata di recente dato dall'ordinamento comunitario per il benessere sociale.

⁵⁵ Infatti, con particolare riferimento alle concessioni idroelettriche, preso atto della strumentalità della risorsa idrica all'attività produttiva, si osserva che: "se una certa regola è specificamente imposta in quanto con il bene messo a disposizione sia esercitata una certa attività, parrebbe inevitabile concludere che quella regola, ancorché formalmente configurata come condizione di accesso al bene, attenga nella sostanza all'attività e che la messa a disposizione del bene sia piuttosto l'occasione che ne determina l'applicazione" (M. BUCELLO, *La regolazione dei canoni, sovracanon e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, in M. DE FOCATIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, Volume I, Le concessioni idroelettriche*, cit., p. 154).

⁵⁶ Non sarebbe ragionevole ritenere che la regola del 2012 debba comportare, semplicisticamente, un incremento del valore delle offerte economiche, nella misura in cui nel processo di formazione dell'offerta economica l'operatore si limiterà ad aggiungere alle componenti considerate (valore del bene e sua capacità produttiva) altresì una quota destinata a beneficio dei clienti: ciò non solo non pare coerente con la *ratio* della norma, ma rischia di essere foriero di effetti perversi e di (intuitive) inefficienze, anche perché si rifletterebbe negativamente sugli investimenti di vario genere (*in primis* per il miglioramento tecnologico degli impianti) da parte degli operatori. Del resto, in termini generali, con riferimento ai pubblici servizi ed all'esigenza che le liberalizzazioni comunque non pregiudichino gli interessi dei cittadini, è stato sottolineato il rischio che la rilevanza del mero "calcolo economico" in un settore liberalizzato finisca per pregiudicare gli utenti (S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubb.*, 1996, p. 11; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 570).

Ciò detto, emergono – mi pare – tratti nuovi nella procedura di gara e nella sua valenza regolatoria: i benefici per i consumatori non conseguono, unicamente ed indirettamente, per effetto dall'instaurarsi di un mercato liberalizzato; e l'esigenza di riduzione del prezzo dell'energia non incide (diciamo così, 'a monte') sull'elaborazione dei criteri di scelta del concessionario, ma è soddisfatta direttamente destinando a tale finalità una quota dell'offerta economica aggiudicataria, che è stata oltre tutto parametro prevalente per l'attribuzione della concessione. Il legislatore, però, non indica in dettaglio come debbano o possano prodursi siffatti "effetti positivi sotto il profilo economico", evidentemente lasciando tale compito al d.m. che dovrà disciplinare le concrete modalità delle procedure di gara.

L'intervento legislativo del 2012 si inserisce in un contesto più generale.

Anzitutto è coerente con un quadro più generale il fatto che obiettivi di carattere sociale interferiscano sul grado di 'rilevanza' da attribuire ai criteri di scelta del concessionario idroelettrico⁵⁷; infatti, la rilevanza di criteri c.d. sociali (in aggiunta a quelli ambientali) va progressivamente affermandosi anche nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici⁵⁸ e soprattutto per l'attribuzione di concessione di servizi⁵⁹. È in accordo con tali direttive di fondo, dunque, la scelta del legislatore di attribuire rilievo a parametri che potrebbero risolversi nell'attribuzione immediata di benefici sociali (o comunque in una accelerazione nella produzione dei vantaggi collettivi perseguiti con la liberalizzazione del settore energetico); e che ciò si attesti nella scelta del concessionario di una risorsa limitata (l'acqua) quando questa sia utilizzata per la produzione di un bene (l'energia elettrica) indispensabile alla persona.

Inoltre, le regole del 2012 paiono riconducibili anche al fenomeno più generale – e relativamente recente – dell'utilizzazione economica dei beni pubblici e della gestione produttiva dei medesimi⁶⁰. Infatti, la valorizzazione della risorsa

57 E, di conseguenza, sul tipo di gara prescelta per l'attribuzione della concessione; cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., p. 105, il quale si riferisce propriamente alle gare per l'attribuzione delle concessioni di servizi, ma con argomenti – mi pare – validi anche per le gare per la scelta del concessionario di beni pubblici.

58 L'art. 2, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), dispone che "il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile". A riguardo cfr. P. CERBO, *Appalti pubblici e dignità umana fra tutela della concorrenza e considerazioni sociali*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, p. 1875.

59 A "criteri sociali e sostenibili" ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di concessione in materia di servizi e di lavori si riferisce esplicitamente, da ultimo, il "Parere del comitato delle regioni «Aggiudicazione dei contratti di concessione»" (2012/C 277/09), in *GUCE* 13 settembre 2012 (C277/74). A criteri di aggiudicazione "ambientali, sociale o relativi all'innovazione" rinvia l'art. 41, della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

A riguardo cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., p. 272 ss., in part., p. 277, il quale osserva che: "le procedure concessorie di pubblico servizio si prestano ad aggregare variabili di giudizio non solo numerose, ma fortemente disomogenee, di natura economica ed extraeconomica"; e ciò anche perché "il conferimento di titoli all'espletamento di servizi pubblici – non destinati alla p.a., bensì ad un'utenza pagante di cittadini – non è per sua natura omologabile ad una vendita, quanto piuttosto ad una scelta dai contenuti pseudo regolativi"; a differenza dell'impostazione più tradizionale riferita agli appalti pubblici, la quale "riflette il convincimento, sorretto da dati esperienza, che la salvaguardia del mercato produca in materia di appalti un beneficio sociale maggiore del presumibile vantaggio collettivo insito all'inclusione di istanze extraeconomiche nelle scelte contrattuali della p.a."

60 Quest'ultimo fenomeno è spiegato da V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., p. 21.

sa idrica si tradurrebbe in un beneficio per gli interessi della collettività, beneficio con una valenza economica ma che presenta una portata più ampia rispetto al mero interesse di carattere finanziario (o 'di cassa') dell'amministrazione in quanto titolare della risorsa.

5. La riduzione ed il contenimento del costo dell'energia elettrica nella disciplina del canone concessorio

L'attenzione rivolta agli interessi economici dei clienti finali dell'energia elettrica, si manifesta anche nelle novità introdotte nella disciplina del canone concessorio, prevista nell'art. 37, comma 7, d.l. n. 83/2012.

Anzitutto il legislatore del 2012 ha fornito una soluzione a criticità sorte sotto il vigore della precedente normativa, imponendo la fissazione⁶¹ di un 'tetto' massimo per il canone; è così stabilito che: *"al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale delle attività di generazione idroelettrica e parità di trattamento tra gli operatori economici, con decreto del Ministro dello sviluppo economico sono stabiliti i criteri generali per la determinazione secondo principi di economicità e ragionevolezza, da parte delle Regioni, di valori massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico"* (art. 37, comma 7, cit.).

La previsione di un valore massimo di siffatto canone è tesa a contenere il costo di produzione dell'energia, con positivi riflessi per l'utente finale: il canone concessorio è infatti un costo fisso per la produzione di energia elettrica.

Per altro verso, il confronto coi più generali criteri di determinazione del canone dovuto per l'utenza di acqua pubblica consente di far emergere le specificità del canone per la derivazione a scopo idroelettrico.

È noto che fin dal r.d. n. 1775/1933 (art. 35) le utenze di acqua pubblica sono state sottoposte al pagamento di un canone annuo, e che progressivamente la quantificazione di siffatto canone è stato ancorato a criteri strumentali alla tutela di interessi ambientali⁶².

61 Secondo le indicazioni fornite di recente da Cass., Sez. Un., nelle sentenze 30 giugno 2009, n. 15234, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, p. 998, e 11 luglio 2011, n. 15144.

62 Cfr. l'art. 18, legge n. 36/1994; paradigmatico è il caso della regola del dimezzamento – a particolari condizioni – del canone dovuto per la concessione ad uso industriale (*"Il canone è ridotto del 50 per cento se il concessionario attua un riuso delle acque a ciclo chiuso reimpiegando le acque risultanti a valle del processo produttivo o se restituisce le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate"*). Come è noto, la legge n. 36/1994 è stata abrogata (ad esclusione dell'art. 22, comma 6): la regola del dimezzamento del canone è comunque stata confermata a particolari condizioni da Cass., Sez. Un., 30 marzo 2011, n. 7189 (in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, p. 485); ed è stata prevista in alcune regioni, come in Piemonte (regolamento reg. 6 dicembre 2004, n. 15 (art. 7) che oltre tutto prevede un'ulteriore riduzione del 15% per i soggetti che aderiscono al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o al sistema ISO 14001) e in Emilia Romagna (legge reg. 21 aprile 1999, n. 3, art. 152). La riduzione del canone in parola non era invece prevista in Lombardia (cfr. legge reg. 29 giugno 2009, n. 10 (art. 6); legge reg. 28 dicembre 2011, n. 22 (art. 1)); tuttavia con la recente legge reg. 5 agosto 2014, n. 24 (art. 7) è stata modificata la legge reg. n. 10/09 cit., introducendo un meccanismo di determinazione del canone dovuto maggiormente flessibile, che tenga in considerazione l'effettiva produzione annua dell'impianto termoelettrico per il cui raffreddamento l'acqua è stata derivata. Tale sistema pare coerente con quanto si verifica in altri ordinamenti europei (ad es. in Francia).

Secondo il Codice dell'ambiente, poi, la determinazione del canone per l'utenza d'acqua pubblica deve avvenire nell'osservanza di criteri omogenei sul territorio nazionale tali da garan-

Con specifico riferimento ai canoni dovuti per la produzione di energia idroelettrica, dopo il d.l. n. 83/2012, a quelli appena ricordati si aggiungono criteri funzionali alla riduzione del costo dell'energia elettrica ed al contenimento del costo per la sua produzione.

Più precisamente, la nuova regola è volta a garantire che la concorrenza tra i produttori che operano in differenti regioni italiane non sia pregiudicata da un non omogeneo regime sui canoni concessori, che si rifletterebbe negativamente sui costi di produzione dell'energia e, in ultima analisi, anche sul prezzo dell'energia elettrica per il cliente finale. In sintesi, l'intento è di circoscrivere ogni possibile elemento di alterazione delle dinamiche concorrenziali che possano incidere sul prezzo a cui l'energia elettrica può essere offerta⁶³.

Il legislatore si è interessato del canone concessorio anche sotto un diverso aspetto, introducendo in sede di conversione del d.l. n. 83/2012 un secondo periodo al comma 7 dell'art. 37; in una prospettiva simile a quella evidenziata nel paragrafo precedente si pone esplicitamente la regola che consente di destinare una quota del canone concessorio per la riduzione del costo dell'energia elettrica a beneficio (non della generalità, ma) di alcuni clienti finali. È così previsto che con decreto ministeriale⁶⁴ *“sono fissate le modalità tramite le quali le Regioni e le Province autonome possono destinare una percentuale di valore non inferiore al 20 per cento del canone di concessione pattuito alla ri-*

tire l'integrità del patrimonio ambientale e così salvaguardare le aspettative delle generazioni future, tra l'altro secondo criteri di solidarietà (precisamente: *“tenendo conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa e prevedendo altresì riduzioni del canone nell'ipotesi in cui il concessionario attui un riuso delle acque reimpiegando le acque risultanti a valle del processo produttivo o di una parte dello stesso o, ancora, restituisca le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate”* (art. 154, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). A riguardo cfr. Corte cost. 8 aprile 2010, n. 127, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1520, e Corte cost. 14 marzo 2008, n. 62, in *Giur. cost.*, 2008, p. 843; Corte cost., 22 dicembre 2010, n. 373, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5203).

In una prospettiva del tutto simile, il medesimo Codice dell'ambiente (art. 119, comma 1) pone il *“principio del recupero dei costi relativi ai servizi idrici”*, in particolare dei costi *“ambientali”* e di quelli *“della risorsa connessi all'utilizzo dell'acqua”* (precisamente, *“i canoni di concessione per le derivazioni delle acque pubbliche tengono conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa connessi all'utilizzo dell'acqua”* (art. 119, comma 2, lett. a)). Sono costi ambientali quelli *“legati ai danni che l'utilizzo stesso delle risorse idriche causa all'ambiente, agli ecosistemi e a coloro che usano l'ambiente”*; mentre sono costi della risorsa quelli *“delle mancate opportunità imposte ad altri utenti in conseguenza dello sfruttamento intensivo delle risorse al di là del loro livello di ripristino e ricambio naturale”* (art. 74, comma 2, lett. ss) e lett. tt), d.lgs. n. 152/2006).

63 La quantificazione dei canoni in esame è in grado di condizionare la concorrenza e la libertà di stabilimento degli operatori economici; le scelte imprenditoriali sono inevitabilmente condizionate dalla normativa (regionale) sulla determinazione dei canoni concessori, qualora questa risulti discriminatoria rispetto a quanto previsto in altri territori regionali. Diversamente, una politica dei prezzi dell'acqua pubblica che non fosse ispirata a criteri omogenei per il territorio nazionale probabilmente spingerebbe l'operatore ad allocare altrove le proprie risorse (ad esempio, rinunciando ad investimenti finalizzati a rendere più efficienti gli impianti esistenti, con un pregiudizio – sotto vari profili – per l'interesse collettivo). È noto che, valorizzando l'accezione dinamica della nozione *“tutela della concorrenza”* (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) si giustificano misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare assetti concorrenziali (Corte cost. 27 luglio 2004, n. 274, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2772; Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14, in *Foro it.*, 2006, I, c. 37; sul punto cfr. M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1140 ss.).

64 Si tratta di un decreto ministeriale differente da quello previsto dall'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 79/1999 per i criteri di svolgimento in concreto della gara, in quanto non sono previsti termini per la sua emanazione – a differenza del primo – ed è adottato dal Ministero dello sviluppo economico previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni (dunque, senza il coinvolgimento del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare).

duzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio dei clienti finali, con riferimento ai punti di fornitura localizzati nel territorio della provincia o dell'unione dei comuni o dei bacini imbriferi montani insistenti nel medesimo territorio interessato dalle opere afferenti alle concessioni”.

La regola per cui i beneficiari (non coincidono con la ‘generalità’ dei clienti finali, ma) sono identificati con riferimento al territorio sul quale insistono le opere afferenti alle concessioni potrebbe essere intesa, ad una prima lettura, come finalizzata alla compensazione (economica) di (eventuali) pregiudizi arrecati al territorio coinvolto ed alla sua popolazione.

Tale soluzione interpretativa sarebbe però problematica, anzitutto perché tale da accentuare la tensione tra la volontà (legislativa) di escludere compensazioni monetarie in sede di autorizzazione alla costruzione ed esercizio di impianti per la produzione di energia da fonte rinnovabile⁶⁵ e l'intenzione di garantire compensazioni per i residenti nel territorio interessato da impianti siffatti. Per altro verso, a fini solidaristici, anche attinenti alla finanza locale, sono destinati propriamente i c.d. sovracanon⁶⁶.

Invero, una valenza compensativa della regola in commento è anche percepibile ma è da collocare in una prospettiva differente: infatti, il legislatore del 2012 considera i particolari interessi sì dei residenti nel territorio interessato da impianti ma (ancora una volta) nella loro peculiare veste di clienti finali dell'energia da quegli impianti prodotta.

In questo senso depone la natura tradizionalmente attribuita al canone concessorio per la derivazione d'acqua: esso costituisce una controprestazione nascente dal rapporto concessorio⁶⁷.

Conciliare la regola della possibilità di destinare una quota del canone concessorio ad un soggetto differente dall'amministrazione concedente con la natura (di controprestazione) del canone stesso comporta il riconoscimento e la valorizzazione degli interessi dei clienti finali sul bene concesso. In sintesi, in quanto destinatari di una quota del canone concessorio per l'utilizzo della risorsa idrica, in modo esplicito si riconosce in capo a detti clienti l'interesse alla gestione ottimale della risorsa concessa. La summenzionata regola svela come detto canone cessa di essere commisurato semplicemente all'entità dei beni concessi, secondo una prospettiva che riguarderebbe solo il mero interesse finanziario ('di cassa') dell'amministrazione titolare del bene. Il che è coerente con la strumentalità della risorsa ad un scopo produttivo di rilievo sociale.

Ciò potrebbe essere ancor più evidente qualora il canone concessorio fosse composto –come già si verifica in altri ordinamenti⁶⁸ o, nel nostro, rispetto a

65 Art. 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, adottato in attuazione della direttiva CE 2001/77.

66 Diffusamente su entrambi i richiamati profili cfr. M. BUCELLO, *La regolazione dei canoni, sovracanon e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, cit., p. 153 ss.

67 Tant'è che il relativo versamento è dovuto nella misura in cui il concessionario utilizzi effettivamente la risorsa idrica (Cass., Sez. Un., 25 maggio 2009, n. 11989, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, p. 812). Del resto un vincolo di finalità può coesistere con la natura corrispettiva della prestazione: a riguardo cfr. M. BUCELLO, *La regolazione dei canoni, sovracanon e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, cit., p. 157.

68 In particolare, in Francia, il canone demaniale si sarebbe evoluto in strumento di compartecipazione agli utili tratti dal concessionario con l'uso del bene; e l'ammontare del canone non dipenderebbe dalla tipologia del bene ma dalla tipologia dell'attività economica svolta per mezzo del bene concesso: tant'è che la giurisprudenza francese *“in assenza di disposizione legislative speciali, afferma che il canone demaniale si compone di una parte fissa, che corrisponde al*

differenti fattispecie⁶⁹ – da una quota fissa stabilita *ex lege*, comunque dovuta, e da una quota variabile, in concreto determinata di anno in anno in forza della produttività del bene concesso oppure in ragione dell'acqua effettivamente utilizzata; come è noto, le modalità di determinazione del canone sono eccessivamente rigide, sicché l'introduzione di meccanismi, ancorché ancora da affinare, che mirino a rendere più flessibile tale quantificazione sono riconducibili ad una logica evidentemente ispirata all'efficienza allocativa della risorsa idrica.

Va allora attribuita al canone una valenza ulteriore, più puntuale, che non sarebbe neppure riconducibile alla categoria del corrispettivo teso a remunerare in generale i cittadini *uti singuli* per la 'rinuncia' alle utilità in astratto deducibili dalla risorsa⁷⁰.

6. L'appartenenza della risorsa idrica e la diversa articolazione dell'interesse del cittadino, nella veste di cliente finale dell'energia elettrica

Fin qui sono emerse le ragioni giuridiche che portano ad identificare un interesse qualificato del cliente finale alla riduzione del prezzo dell'energia elettrica. L'intervento legislativo si inserisce in una tendenza altre volte registrata in materia, quella ad un progressivo ampliamento del novero degli interessi coinvolti dal governo della risorsa idrica⁷¹.

Vi è ora da chiedersi se al riconoscimento di un interesse qualificato nei termini sopra riferiti debba corrispondere anche una qualche 'disponibilità' sul bene (se ai vari ordini di interessi sulla risorsa debbano corrispondere vari ordini di appartenenza); e, dunque, se le regole del 2012 possano essere invocate a sostegno delle recenti prese di posizione a favore dell'esistenza della categoria dei 'beni comuni'. Le critiche avanzate verso tale categoria fanno leva, tra l'altro, sulla estrema difficoltà di identificare un modello decisionale adeguato, che sia in grado di garantire una gestione partecipata dei soggetti interessati⁷².

Secondo una recente impostazione, tali difficoltà – nel settore che ci occupa – potrebbero essere ridimensionate grazie al provvedimento concessorio, che si porrebbe come utile strumento per regolare fruibilità ed accessibilità della risorsa; in particolare: "*deliberata la concessione*" detto bene "*viene a trovarsi in triplice appartenenza, o, se si vuole, è oggetto di un concorso di diritti: appartiene allo Stato (e perciò è bene pubblico); appartiene ai cittadini uti*

valore di locazione di un bene privato comparabile (quindi esprime il prezzo di scambio, ove esiste), e di una parte variabile che dipende dalle utilità effettivamente tratte dal concessionario" (D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 225 ss.).

69 Ad esempio, in Lombardia, rispetto ai canoni dovuti per l'uso dell'acqua a scopo di raffreddamento degli impianti termoelettrici, è previsto il versamento di una quota fissa, annua e anticipata, e di una quota variabile, determinata in ragione dell'effettivo utilizzo dell'acqua concessa, e dunque in modo proporzionale all'effettivo funzionamento a fini produttivi dell'impianto (legge reg. 5 agosto 2014, n. 24 (art. 7), di modifica dell'art. 6 della legge reg. n. 10/2009).

70 Il canone concessorio è infatti stato anche concepito come corrispettivo che remunera la 'perdita' subita dalla collettività della risorsa comune; a riguardo cfr. D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 177 ss.

71 V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, cit., in part., p. 16.

72 E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, cit., p. 5 ss. e in part. XV.

singuli; appartiene al concessionario, il quale ne trae specifiche e definite utilità". Quindi, "il rapporto di concessione, determinando concorso di diritti sul medesimo bene, presenta ormai un carattere trilaterale: non più solo fra ente pubblico e concessionario, ma fra ente pubblico – cives, titolari di diritti diffusi – concessionario"; inoltre "vigendo la concessione, e nei modi e gradi di essa, l'appartenenza individuale ... subisce una sospensione d'esercizio ..."⁷³. In questa prospettiva – si può aggiungere – rileva anche il fatto che il provvedimento concessorio è attribuito all'esito di una procedura di gara, condotta alla stregua dei parametri legali già illustrati.

Ciò detto, però, la valorizzazione delle regole del 2012 non comporta necessariamente il superamento della proprietà pubblica sulla risorsa idrica, e la soddisfazione degli interessi qualificati del cliente finale può essere effettivamente garantita anche mantenendo ferma tale proprietà, nella misura in cui però si porti a compimento un ulteriore momento di passaggio: da una considerazione dei beni pubblici focalizzata – in senso statico – sul regime della loro proprietà ad una loro valutazione che accentui – in senso dinamico – il regime di utilizzo, quale strumento per la soddisfazione di talune esigenze che si impongono in un dato contesto storico. Tale processo si inserisce in un più ampio, analogo, fenomeno riguardante la maggior parte dei beni pubblici⁷⁴, che rispetto alla risorsa idrica si riscontra già a partire dalla riforma del 1994; questa ha infatti "accentuato lo spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà"⁷⁵.

In altri termini, la gestione della risorsa ottimale per la collettività non comporta necessariamente il superamento della proprietà pubblica, nella misura in cui il suo utilizzo economico e la sua destinazione ad uno scopo produttivo (oltre tutto di rilievo sociale) si rifletta – effettivamente e direttamente – sugli interessi della collettività, e non tanto su quelli finanziari ('di cassa') dell'amministrazione concedente; la prospettiva che pare delinearsi è dunque diversa da quella, che pure ha caratterizzato gli ultimi anni, tesa a valorizzare i beni pubblici a beneficio del conto patrimoniale dello Stato (tramite la produzione di reddito sotto forma di rendita o di corrispettivo derivante da privatizzazione).

L'utilizzazione economica della risorsa pubblica è finalizzata a far sì che almeno una parte dei benefici economici conseguiti siano destinati direttamente ad una precisa categoria di cittadini, i clienti finali dell'utilità (l'energia) prodotta con l'utilizzo a scopo idroelettrico della risorsa medesima.

⁷³ N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, cit., p. 8 ss. A riguardo era già stato osservato che la risorsa idrica costituisce una risorsa limitata, sicché, posta "la limitatezza delle posizioni concessorie rispetto alle aspirazioni dei soggetti", il concessionario dovrebbe operare in una certa direzione di rilievo pubblicistico, al fine di utilizzare al meglio il bene, e così valorizzarlo, anche nell'ottica di un miglioramento della condizione di altri soggetti ("ancorché nell'ambito di una relazione complessa che può legarlo sia agli utenti, sia al soggetto pubblico medesimo") (F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, cit., p. 258).

⁷⁴ In termini generali sulla differente dimensione 'statica' e 'dinamica' dei beni cfr. E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia, Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 29 ss.; sulla valorizzazione di taluni beni pubblici cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 109 ss.; e più di recente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 105 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., p. 3 ss.; nonché i contributi di vari Autori in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., passim. Con riferimento ai beni culturali – ma con argomenti validi in generale – è stato così ritenuto che "la libera circolazione dei beni serve a farli pervenire nelle mani di chi è in grado di valorizzarli meglio" (A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 370).

⁷⁵ Così Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1664.

Ne esce così rafforzato l'interesse della collettività alla gestione ottimale del bene demaniale; l'interesse dei cittadini è infatti ulteriormente articolato, considerando la relativa posizione prima e, poi, dopo la decisione dell'amministrazione di utilizzare la risorsa idrica proprio per lo scopo idroelettrico, preferendo questo ad un altro uso possibile. Nel momento in cui l'amministrazione decide per l'uso dell'acqua a fine idroelettrico, e così bandisce la suindicata gara, la posizione del cittadino si traduce da interesse ad una generale valorizzazione della risorsa idrica a interesse particolare – del cittadino nella veste di acquirente di energia – a che l'utilizzo della risorsa sia ottimale per la produzione di energia nel modo più efficiente (con positive ripercussioni sia sul suo costo di produzione che sul suo prezzo finale).

7. Osservazioni finali, in particolare sull'auspicato ruolo proattivo del cliente finale

Le novità della normativa sopra riassunta risultano interessanti per vari ordini di motivi.

Una prima conclusione che si può trarre è questa: l'introito economico percepito dall'amministrazione concedente non trova una giustificazione esclusivamente finanziaria, come potrebbe accadere in altri casi in cui il bene concesso presenta un indubbio valore economico di per sé, e dove quindi il canone concessorio presenta con maggiore evidenza i tratti di una controprestazione per l'utilizzo di un bene demaniale, pur essendo percepito nell'interesse della collettività.

La risorsa idrica, quale bene pubblico (fondamentale), assume rilievo in ragione delle utilità⁷⁶ che da essa possono trarsi una volta che venga destinata ad uno scopo produttivo, oltre tutto di rilievo sociale.

In questa prospettiva sono puntualizzate le finalità pubblicistiche perseguite dalla gara di assegnazione della concessione idroelettrica, rispetto all'archetipo di un generale interesse pubblico che indirizzi l'azione dell'amministrazione concedente.

Nel nostro caso, infatti, il bene (risorsa idrica) è concesso in vista della produzione di una utilità che ha rilievo sociale (energia elettrica), sicché è coerente con ciò che la scelta del concessionario sia calibrata non solo (e non tanto) secondo criteri che soddisfino gli interessi finanziari dell'amministrazione (in quanto titolare del bene) quanto (e soprattutto) in ragione di una gestione del bene che assicuri la migliore soddisfazione del cittadino che è cliente finale dell'utilità prodotta dall'utilizzo a scopo idroelettrico della risorsa (idrica) oggetto di concessione (dunque, secondo parametri tesi a garantire il prezzo minore dell'energia prodotta).

La prevalenza conferita al parametro dell'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica, nella misura in cui questa è riferita al valore della risorsa idrica in quanto dinamicamente destinata alla produzione di energia elettrica, è di ausilio nello svelare il rendimento che il concessionario pre-

⁷⁶ Infatti, "l'interesse umano non può essere coniugato con le cose o i beni intesi come cose, ma deve essere coniugato con le risorse che i beni offrono alle persone umane"; "Le risorse in alcuni casi sono indefettibilmente collegate al modo di essere dei beni, in altri dipendono da come i beni vengono utilizzati" (A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 336).

vede di ritrarre dalla destinazione produttiva del bene; e – è intuitivo – si presta ad essere in questa operazione più efficace rispetto a quanto garantito dalle regole sul canone concessorio⁷⁷.

La legislazione in commento presenta, inoltre, una peculiare valenza regolatoria perché persegue il medesimo scopo avuto di mira dalla regolazione del mercato liberalizzato, vale a dire la progressiva riduzione del prezzo dell'energia elettrica, ma ne tenta la realizzazione con una modalità differente, diretta⁷⁸. Il legislatore italiano sembra così voler sottolineare l'urgenza di raggiungere gli effetti perseguiti con la liberalizzazione del mercato energetico (che invece richiederebbero un processo graduale di realizzazione, con i relativi tempi)⁷⁹.

Vi è da chiedersi se il congegno descritto solo nelle sue linee essenziali dal legislatore sia riconducibile ad un modello di intervento regolatorio, ad esempio ispirato ad una tendenza 'dirigistica' per fini sociali per altri profili già evidenziata in dottrina⁸⁰.

La riduzione del prezzo dell'energia per il cliente finale potrebbe, ad esempio, realizzarsi in uno sconto sul prezzo dell'energia determinato al momento dell'emissione della fattura per la fornitura elettrica: e ciò secondo un congegno speculare e contrario rispetto a quello che attualmente comporta l'aggravio della fattura per effetto degli oneri determinati dai sistemi di incentivazione. In tal caso, il profilo davvero importante è se tale sconto 'in bolletta' si realizzerà *una tantum* all'indomani dell'aggiudicazione della gara o, diversamente, verrà garantito per tutta la durata della concessione attribuita (il che evidentemente dipende dalle concrete 'modalità' e 'tempi' di utilizzo della quota dell'offerta risultata aggiudicataria, secondo le indicazioni del decreto ministeriale).

Invero, sono state messe in evidenza le difficoltà di realizzare il suindicato obiettivo in conseguenza dell'eventuale aumento del prezzo di cessione dell'energia in misura corrispondente ai maggiori costi di produzione⁸¹. Un argine a tale rischio potrebbe essere costituito dal potere tariffario dell'Autorità di regio-

77 È stato infatti osservato che "il valore della concessione va dunque commisurato al rilievo economico e giuridico dell'attività imprenditoriale svolta dal concessionario, nonché dei diritti e dei poteri ad esso conferiti, più che all'entità dei beni sui quali la concessione si esercita. Questa, però, non è la via seguita nel nostro sistema e vi sono molte disfunzioni nella disciplina delle concessioni" (M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit., p.286); a riguardo anche E. BOSCOLO, *La concessione idrica e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., p. 502.

78 È noto, peraltro, che la regolazione non è strumento finalizzato a produrre "linearmente" determinati risultati di interesse pubblico, ma a far sì che i risultati si producano (così M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 215).

79 È un profilo differente da quello già noto, secondo cui le procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni costituiscono un "dispositivo opportunamente sfruttabile dalle stesse amministrazioni per promuovere ed innescare rapporti di mercato efficienti" (M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., p. 12).

80 E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 103 ss., in part. p. 205, il quale osserva che: "è anche possibile (...) che le misure pro-competitive divengano di fatto il veicolo per interventi di carattere sostanzialmente dirigistico, che invece di perseguire l'obiettivo di 'livellare il campo di gioco' tra le imprese, siano diretti a realizzare imperativamente i risultati attesi dalla liberalizzazione (anzitutto quanto alla riduzione dei pesi dei servizi)".

81 E. BRUTI LIBERATI, *La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, cit., p. 68, in part. nota 18.

lazione, che dev'essere esercitato in modo da assicurare la realizzazione di obiettivi generali di carattere sociale⁸². A riguardo si ritiene che il suddetto potere, ex art. 2, comma 12, legge n. 481/1995, debba essere inteso "come diretto a far salvi gli obblighi posti dalla norme vigenti, dai quali derivano i costi che l'Autorità deve tenere presenti nel calcolo delle tariffe"⁸³. La rilevanza di tale disposizione, dunque, è chiara se si condivide l'idea che la riduzione del prezzo dell'energia elettrica per il cliente finale sia, nell'attuale contesto storico, un obiettivo di carattere sociale perseguito dal d.l. n. 83/2012 (varato – come si è già detto – "per la crescita del Paese"); sicché i relativi costi non dovrebbero essere fatti gravare sulle tariffe finali.

Tale angolatura (dell'interesse del cliente finale) conduce ad ulteriori riflessioni: la valorizzazione della risorsa idrica (ma lo stesso vale anche per i beni strumentali alla produzione di energia idroelettrica⁸⁴) a beneficio dei cittadini nella veste di clienti finali dell'energia elettrica farebbe emergere lo stretto collegamento tra questi ed il bene demaniale; il che potrebbe rappresentare conferma di una tendenza più generale concernente l'evoluzione dell'istituto della demanialità e la valorizzazione della fruizione collettiva dei beni pubblici⁸⁵.

Vi è, poi, da chiedersi se non debba essere riconosciuto un ruolo (attivo) ai membri della collettività nella gestione della risorsa medesima, al momento della decisione di attribuire la concessione⁸⁶ o in un momento successivo⁸⁷.

82 A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principi di aderenza ai costi*, cit., p. 181.

83 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 91.

84 Invero, la valorizzazione della risorsa idrica a scopo idroelettrico non può prescindere da un particolare interesse anche per le opere necessarie alla produzione di energia, come le c.d. opere bagnate; tuttavia, dopo la conversione in legge del d.l. n. 83 cit., la concessione idroelettrica in questione non riguarda più anche l'attribuzione dell'uso di dette opere, sicché il tema non è stato qui approfondito. In ogni caso la valorizzazione delle opere in esame può comunque essere assicurata rimarcando la loro appartenenza privata (come dimostra, tra l'altro, la circostanza che non sono più oggetto della concessione). In una prospettiva realistica, la valorizzazione delle suddette opere presuppone una particolare attenzione per i profili riguardanti il loro efficientamento e la loro conservazione da parte del soggetto (più spesso privato) con le necessarie disponibilità finanziarie: tale tendenza andrebbe inquadrata nel tema (più generale) della regolazione c.d. amministrativa dei beni privati a destinazione pubblica. Sul punto si veda M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., p. 109 ss.; e più di recente V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 105 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., p. 3 ss.; nonché i contributi di vari Autori in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., *passim*. I beni destinati alla produzione di energia idroelettrica possono essere identificati ricorrendo alle discipline che regolano le concessioni per le derivazioni di acque pubbliche (r.d. n. 1775/1933, art. 25), la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili (d.lgs. n. 387/2003, art. 12) nonché la gara per l'attribuzione della concessione idroelettrica (d.lgs. n. 79/1999, art. 12; d.l. n. 83/2012).

85 V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., p. 3 ss.

86 In effetti è stato rilevato come il consumatore non dovrebbe essere semplicemente un soggetto assistito bensì "un attore del teatro delle concessioni amministrative" (E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., p. 40).

A fronte del riconoscimento legislativo del menzionato interesse qualificato non ha fatto seguito la previsione espressa di poteri di iniziativa per la sua protezione (procedimentale, ad esempio). In forza della valenza regolatoria della procedura di gara per l'attribuzione di una concessione idroelettrica, ad esempio, vi è da chiedersi se non si possano ipotizzare forme di partecipazione dei soggetti interessati analoghe a quelle previste avanti alle autorità di regolazione. In generale, sulle ragioni dell'istituto della partecipazione avanti a dette autorità, vale a

Quanto detto, pur ponendosi su un livello differente, sarebbe del tutto coerente nel settore qui considerato con lo sforzo per altro verso profuso di rendere sempre più consapevole il cliente finale, onde garantirgli scelte informate nell'acquisto di energia elettrica, proprio nell'ottica di favorire il rapido formarsi di un (effettivo) mercato concorrenziale⁸⁸.

Il quesito sul ruolo del cliente finale si inserisce in un quadro più generale riguardante l'evoluzione del ruolo del cittadino nei rapporti con l'amministrazione⁸⁹, nonché il fenomeno per cui alla recessione del modello assorbente di responsabilità politica corrisponde un controllo più sofisticato ed esigente da parte dei cittadini-utenti sulle prestazioni⁹⁰. In generale è stato osservato come "il passaggio del cittadino dalla posizione di amministrato a quella di utente" costituisca uno dei tratti salienti delle trasformazioni dei servizi pubblici⁹¹.

Alcune delle considerazioni svolte circa il ruolo dell'utente rispetto ai servizi pubblici⁹² possono essere utilmente richiamate anche nel settore che ci occupa, considerando la tendenza, chiaramente espressa nella legislazione di altri Paesi membri della comunità europea, di attribuire all'attività di produzione di energia elettrica i tratti caratteristici di un servizio economico di interesse generale⁹³; in questa prospettiva l'auspicato ruolo proattivo del consumatore trova una giustificazione in più: non solo in vista dei risvolti positivi sulla realizzazione di un mercato effettivamente concorrenziale, ma anche in ragione del

dire, in particolar modo, fini di collaborazione (democratici) e fini di buon andamento (e di efficacia) cfr. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., p. 197 ss.

87 In questa prospettiva vi è da riflettere se siffatto interesse possa comunque trovare tutela giurisdizionale. Una tutela giurisdizionale è configurabile secondo la tesi del rapporto trilaterale instaurato della concessione idroelettrica (N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, cit., p. 1 ss.; cfr. altresì A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, cit., *passim*).

88 Come si è già visto, l'Autorità di regolazione favorisce il progressivo formarsi di un consumatore "reattivo" (in coerenza con le indicazioni della Commissione UE). A riguardo cfr. A. TRAVI, *Utenza di beni pubblici e utenza di servizi pubblici: un confine in evoluzione*, in *Urb. app.*, 2001, p. 1109 ss.

89 È sufficiente qui un rinvio ai noti studi di F. BENVENUTI e in particolare a *Il nuovo cittadino, Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

90 C. PINELLI, *Cittadino, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, II, p. 1257 ss.

91 S. CASSESE, *Dalla vecchiaia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. Enel*, 1998, p. 237; è stato così segnalato come in alcuni settori come in parte quello dell'energia la tutela approntata in favore del cittadino muove proprio dal suo previo riconoscimento come cliente (G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, pp. 569 e 578).

92 È stato ad esempio osservato che: "il ruolo del destinatario dei servizi diventa molto più attivo, sia perché la se sue preferenze in quanto utente trovano espressione nella possibilità di scelta tra più operatori, sia perché la nuova disciplina "giuridica" dei servizi gli offre maggiori possibilità di tutela giurisdizionale" (E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzie dei cittadini*, Giuffrè, Milano, 2000, p. XIII).

93 Più precisamente, dal confronto tra le due leggi spagnole di riforma del settore elettrico – già citate-, la prima del 1997, l'ultima del 2013, emerge l'evoluzione normativa della materia, per gli aspetti che qui interessano, come si legge nel "Preámbulo" dell'ultima riforma, ove si enuncia che l'attività destinata all'erogazione di energia elettrica costituisce un servizio di interesse economico generale, in quanto indispensabile per la vita economica ed umana (art. 2, comma 2, legge n. 24/2013); il che rappresenta una prima novità, anche considerando che, in forza dell'art. 1 di entrambe le citate leggi, l'attività destinata all'erogazione di energia elettrica è intesa in senso molto ampio, comprendendo fin dall'origine l'attività di 'produzione' di energia. In tema cfr. i contributi di vari Autori in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., *passim*.

menzionato interesse alla riduzione del costo e del prezzo dell'energia elettrica (che le recenti regole sull'assegnazione delle concessioni contribuiscono a qualificare giuridicamente).